

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep.
0030 Oslo

Deres ref.:
17/4200 ES ØMO/bj

Vår ref.:
HØR17-223

Ansvarlig advokat:
Brede A. Haglund

Oslo, 16.10.2017

HØRINGSUTTALELSE – UTKAST TIL NY PERSONOPPLYSNINGSLOV – GJENNOMFØRING AV PERSONVERNFORORDNINGEN I NORSK RETT

1 INNLEDNING

Det vises til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 6. juni d.å. og høringsnotat om forslag til ny personopplysningslov og gjennomføring av forordning 2016/679/EU¹ (heretter personvernforordningen) i norsk rett, med høringsfrist den 16. oktober d.å.

Vårt hørings svar følger i pkt. 2 nedenfor.

2 MERKNADER TIL HØRINGSBREVET

2.1 Overordnet

Brækhus stiller seg i all hovedsak positiv til departementets forslag om gjennomføringen av personvernforordningen i norsk rett, men vil i det følgende knytte noen kommentarer til enkelte av implementeringsforslagene.

2.2 Forslagets punkt. 7.1.3 - Forordningens krav om supplerende rettslig grunnlag i artikkel 6 nr. 1 bokstav c) og e)

Departementet etterspør konsekvensene av at forordningens bestemmelser om behandlingsgrunnlag i artikkel 6 nr. 1 bokstav c) og e) krever et supplerende rettslig grunnlag i nasjonal rett.

Spesifikt bes det om tilbakemelding på konkrete tilfeller eller grupper av tilfeller der någjeldende personopplysningslov² (heretter pol.) § 8 bokstav b), d) og e) utgjør behandlingsgrunnlag, og hvor

¹ Parlaments- og Rådsforordning 2016/679/EU om beskyttelse av individer ved behandling av personopplysninger og om fri flyt av slike opplysninger.

² Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31.

man mener at det ikke vil foreligge behandlingsgrunnlag etter forordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c) eller e) som følge av kravet om et supplerende rettslig grunnlag.

Brækhus er ikke kjent med tilfeller hvor et slikt supplerende rettslig grunnlag er nødvendig, utover de lovbestemmelsene som allerede finnes i dag.

Departementet har videre bedt om innspill på hvorvidt det vil være behov for en lovregulering som kan utgjøre behandlingsgrunnlag for private forskningsinstitusjoner, se for eksempel det svenske lovforslaget inntatt som 6 § i SOU 2017:50 Personoppgiftsbehandling för forskningsändamål. Den foreslåtte bestemmelsen lyder som følger:

«6 § Personuppgifter får med stöd av artikel 6.1 e i dataskyddsförordningen behandlas för forskningsändamål om behandlingen är nödvändig och proportionerlig för att utföra forskning av allmänt intresse. Forskning av allmänt intresse får utföras av statliga myndigheter, kommuner och landsting, andra juridiska personer och enskilda näringsidkare.»

Forskning er viktig for å drive næringslivet og samfunnet for øvrig fremover, uansett om forskeren er en offentlig eller privat aktør. Brækhus stiller seg derfor positiv til å innføre en generell lov eller bestemmelse som gir både offentlige og private aktører et behandlingsgrunnlag for å bruke personopplysninger for forskningsformål i allmennhetens interesse, etter modell av den svenske bestemmelsen gjengitt ovenfor.

Behandling av personopplysninger til forskningsformål er i liten grad regulert i særlovgivningen, med unntak av behandlingsgrunnlag for bruk av helseopplysninger til forskning som blant annet er regulert i helseforskningsloven³ og helseregisterloven⁴. Helseopplysninger er imidlertid kategorisert som sensitive opplysninger⁵, og vil derfor behandles under punkt 8.3.1. Utenom helsesektoren er det altså behandlingsgrunnlagene i personopplysningsloven som gjelder for behandling av personopplysninger til forskningsformål. For private aktører vil det si pol. § 8 første ledd (samtykke), pol. § 8 første ledd bokstav d (nødvendig for å utføre en oppgave av allmenn interesse) eller pol. § 8 første ledd bokstav f (interesseavveining).

Når den nye personvernforordningen gjennomføres i norsk rett, vil behandlingsansvarlige ikke lenger kunne basere behandlingen på pol. § 8 første ledd bokstav d) (forordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav e)), med mindre det innføres eller allerede eksisterer et supplerende rettslig grunnlag ved lov eller forskrift. Personvernforordningen viderefører samtykke og interesseavveiningen som behandlingsgrunnlag i artikkel. 6 nr. 1 bokstav a) (samtykke) og bokstav f) (interesseavveining) og disse vil fremdeles utgjøre selvstendige rettslige grunnlag for behandling av personopplysninger til forskningsformål. Offentlige aktører vil imidlertid ikke lenger kunne basere sin behandling på en interesseavveining i henhold til forordningen artikkel 6 nr. 1 andre ledd.

³ Lov av 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning.

⁴ Lov av 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger.

⁵ Jf. personopplysningsloven § 2 første ledd nr. 8.

Når det gjelder interesseavveiningen etter någjeldende pol. § 8 bokstav f) har Datatilsynet imidlertid hatt en restriktiv holdning til bruk av personopplysninger til forskningsformål basert på dette behandlingsgrunnlaget. Den samfunnsmessige betydningen av ulike forskningsprosjekter har ikke blitt vektlagt i særlig grad. På den annen side har Personvernemnda ikke vært like restriktive i sin klagebehandling.⁶ Vi mener den samfunnsnyttene forskningsprosjekter har bør vektlegges i større grad, og dette må samtidig synliggjøres og behandlingsgrunnlaget bør forenkles gjennom en generell bestemmelse eller lov for forskningsformål som nevnt.

Bestemmelsen er foreslått å gjelde for private aktører. Vi mener imidlertid at det kan være uheldig at offentlige og private aktører må forholde seg til ulike behandlingsgrunnlag, all den tid offentlige og private aktører i mange tilfeller driver samme type forskning, og i enkelte tilfeller samarbeider om forskningsprosjekter.

Hensynet til et klart og tydelig regelverk, samt forutsigbarhet og effektiviseringshensyn taler også for å innføre en slik generell hjemmel. Den behandlingsansvarlige vil da slippe den usikkerheten det innebærer å selv måtte vurdere hvorvidt de har et gyldig rettslig grunnlag for den ønskede behandlingen eller ikke, eksempelvis pol. § 8 bokstav f). Det kan også bli en svært omstendelig, og i noen tilfeller umulig, prosess å innhente samtykke i enhver sammenheng eller for hver behandling. Til sammenligning vil en bestemmelse etter den svenske modellen kun forde en vurdering av om selve oppgaven eller prosjektet er i allmenn interesse og om behandling av personopplysninger er nødvendig for dette formål, i motsetning til en vurdering for hver enkelt behandling.

Vilkårene for å behandle personopplysninger for å utføre forskning av allmenn interesse vil i henhold til forordningen være at behandlingen skal være nødvendig og proporsjonal, se forordningen artikkel 6 nr. 3 siste setning. I tillegg åpner forordningen for at det i forbindelse med det supplerende rettslige grunnlaget kan gis utfyllende regler og vilkår for å ivareta den enkeltes personvern på best mulig måte. En eventuell innføring av et generelt behandlingsgrunnlag for forskningsformål i allmenn interesse vil kunne innebære en utvidelse av forskningsinstitusjoners adgang til å behandle personopplysninger i forhold til dagens situasjon, selv om nødvendighetskravet i forbindelse med bruk av personopplysninger til forskningsformål som nevnt har blitt tolket strengt av Datatilsynet. Isolert sett kan det innebære en risiko for at personvernet svekkes.

Det bør derfor vurderes om det skal knyttes ytterligere vilkår til behandling i denne forbindelse for å sikre ivaretagelse av den enkeltes personvern. For eksempel må det vurderes om det i tilknytning til en slik bestemmelse bør spesifiseres hvilke type opplysninger som kan behandles, hvilke institusjoner som omfattes av bestemmelsen og krav om tiltak for å sikre lovlig og rettferdig behandling. Dette vil etter vårt syn gi gode rammer for behandling av personopplysninger til forskningsformål og ivareta personvernet til den registrerte på en god og betryggende måte, samtidig som hensynet til forskningens samfunnsnytte blir vektlagt i større grad.

⁶ Bjarne Kvam; «Er Datatilsynets lovtolkning for restriktiv?», Lov og Rett 01/2012 (Vol. 51), se for eksempel PVN 2005-07, 2005-16, 2009-04, 2009-07, 2009-08, 2009-09, 2009-24, 2010-09.

Til slutt nevnes det at problemstillingen er svært sammensatt og fordrer en mer utførlig utredning, se til sammenligning den svenske prosessen. I den forbindelse bør det utarbeides veiledere til behandling av personopplysninger på forskningens område for å sikre kravet til ensartet praksis mellom medlemslandene, jf. forordningen fortale pkt. 10.

2.3 Forslagets punkt. 8.3.1 - Forordningens krav om supplerende rettslig grunnlag i artikkel 9 nr. 2 bokstav b), g), h), i) og j)

2.3.1 Begrepet «*særlige kategorier av opplysninger*»

På samme måte som med forordningen artikkel 6 må det tas stilling til hvorvidt unntakene fra forbudet mot å behandle sensitive personopplysninger i artikkel 9 nr. 2 krever et ytterligere rettsgrunnlag i nasjonal rett.

Departementet har bedt om innspill på de foreslåtte reglene og konsekvensene av at forordningens bestemmelse i artikkel 9 nr. 2 bokstav b), h), i) og j) krever et supplerende rettslig grunnlag.

Vi vil først bemerke at det i lovutkastet er benyttet begrepet «*sensitive opplysninger*» i tråd med någjeldende personopplysningslov. Forordningen på sin side bruker begrepet «*særlige kategorier av opplysninger*» i artikkel 9. I fortalen pkt. 10 brukes det samme begrepet, mens man har inkludert begrepet «*sensitive opplysninger*» i parentes. For å bidra til klarhet i regelverket og en helhetlig personvernlovgivning ser vi det som hensiktsmessig at den nye personopplysningsloven benytter samme begrep som forordningen, eventuelt legger til en henvisning til forordningens begrep.

2.3.2 Forordningen artikkel 9 nr. 2 bokstav b): arbeidsrett, trygderett og sosialrett

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det er behov for å videreføre et generelt unntak på arbeidsrettens område, som i dag følger av personopplysningsloven § 9 bokstav f). Arbeidsgivers grunnlag for å behandle arbeidstakers helseopplysninger er som departementet nevner i visse tilfeller regulert, i den forbindelse er bestemmelsene i arbeidsmiljøloven⁷ §§ 9-3 og 9-4 de mest sentrale.

Brækhus mener at det bør innføres en generell hjemmel for behandling av sensitive opplysninger på arbeidsrettens område for at arbeidsgiver, på en hensiktsmessig og effektiv måte, kan oppfylle sine rettslige forpliktelser eller utøve sine særlige rettigheter i denne forbindelse. Forarbeidene til personopplysningsloven nevner som eksempler til dagens § 9 bokstav f):

- Arbeidsgivers behandling av opplysninger om fagforeningstilhørighet i forbindelse med innkreving av medlemskontingent.
- Behandling av helseopplysninger i forbindelse med rehabilitering av arbeidstakere, eksempelvis i forbindelse med sykdom eller redusert arbeidstid.⁸

⁷ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.

⁸ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Vi kan ikke se at disse tilfellene er lovregulert, og det kan ikke utelukkes at det i andre situasjoner vil kunne bli nødvendig å behandle sensitive opplysninger for det nevnte formål. En lovregulering vil gjøre det enklere for arbeidsgivere og få oversikt over gjeldende krav.

I tillegg blir genetiske og biometriske opplysninger også ansett som sensitive opplysninger etter den nye forordningen. I en arbeidsrettslig sammenheng kan være aktuell for eksempel i forbindelse med bruk av biometri som adgangskontroll, pålogging til informasjonssystemer, samt annen tilgangskontroll og registrering, for eksempel timeregistrering. Også i slike situasjoner kan det være nødvendig for arbeidsgiver å behandle opplysningene og det vil derfor være hensiktsmessig med en generell hjemmel for slik behandling.

Unntaket er, som andre supplerende rettslige grunnlag i henhold til forordningen, begrenset gjennom et nødvendighetskriterium på lik linje med dagens bestemmelse. Videre følger det av artikkel 9 nr. 2 bokstav b) om unntak fra forbudet mot å behandle informasjon om arbeidsrettslige, trygderettslige og sosialrettslige rettigheter og forpliktelser er betinget av at det gis «*nødvendige garantier for den registrertes grunnleggende rettigheter og interesser*». Forordningen er taus om innholdet og anvendelsen av nevnte krav. Det må innebære at det er opp til det enkelte medlemsland å fastsette i nasjonal lovgivning på hvilken måte slike garantier skal gis. Det bør etter vår mening innebære at arbeidsgiver må treffe organisatoriske eller andre tiltak for å sikre at den registrerte kan ivareta sine rettigheter og interesser etter loven for øvrig, samt forsikre seg om at informasjonssikkerheten er tilstrekkelig. Det bør også vurderes hvorvidt det i tilknytning til en slik bestemmelse bør stilles mer konkrete vilkår.

Vi mener under disse forutsetningene at en generell hjemmel for behandling av sensitive opplysninger på arbeidsrettens område vil i tilstrekkelig grad ivareta den enkeltes personvern.

Videre ber departementet om høringsinstansenes syn på om en slik unntaksbestemmelse bør plasseres i arbeidsmiljøloven eller i personopplysningsloven.

Brækhus mener det vil være mest hensiktsmessig, dersom en slik bestemmelse videreføres, å innføre bestemmelsen i arbeidsmiljøloven. Det må antas at det vil gi arbeidstakere bedre oversikt over sine rettigheter som arbeidstakere og gi et mer helhetlig og oversiktlig regelverk for arbeidsgiver av hvilke rammer en har å forholde seg til under utførelsen av sine plikter og oppgaver som arbeidsgiver. Samtidig bør det vurderes om det i personopplysningsloven bør henvises til denne bestemmelsen for å sikre et helhetlig og oversiktlig personvernregelverk.

2.3.3 Forordningens artikkel 9 nr. 2 bokstav g): behandling som er nødvendig av hensyn til viktige samfunnsinteresser.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det i dag finnes særlovgivning som gir grunnlag for behandling av sensitive opplysninger og som ikke oppfyller de særlige kravene som nevnt i artikkel 9 nr. 2 bokstav g).

Brækhus er ikke kjent med særlovgivning som ikke oppfyller de særlige kravene til beskyttelse av personvernet som følger av denne bestemmelsen.

Videre er Brækhus positive til en innføring av en generell adgang for Datatilsynet til å i enkelttilfeller fravike artikkel 9 nr. 1. Det vil, som departementet påpeker, fra tid til annen kunne oppstå særlige situasjoner som skaper et behov for å kunne behandle sensitive personopplysninger, hvor det er til samfunnets beste at slik fravikelse skjer for det aktuelle formålet. Bestemmelsen vil med andre ord være forbeholdt helt spesielle situasjoner hvor Datatilsynet kommer til at andre samfunnsinteresser må gå foran hensynet til den enkeltes personvern og bør derfor ikke utgjøre noen risiko for personvernet i nevneverdig grad. Vi mener også at Datatilsynet, ved å sette vilkår for slik behandling, vil kunne ivareta personvernet til den enkelte i en slik situasjon på en god og betryggende måte.

Brækhus mener videre at det bør være opp til Datatilsynet å vurdere i det enkelte tilfelle hvorvidt en tidsbegrensning bør være et vilkår for behandlingen og eventuelt hvor lang denne bør være. Med hensyn til at slike særlige situasjoner som foranlediger fravikelse fra forordningen artikkel 9 nr. 1 kan være svært ulikeartede, mener vi det kan være uheldig med en generell tidsbegrensning for konsesjon.

2.3.4 Forordningens artikkel 9 nr. 2 bokstav h): behandling av sensitive personopplysninger i forbindelse med helsetjenester mv.

Behandling av sensitive personopplysninger i forbindelse med helsetjenester er utførlig regulert i særlovgivningen. Brækhus er ikke kjent med tilfeller hvor sensitive personopplysninger behandles i forbindelse med helsetjenester utelukkende på grunnlag av personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav g).

2.3.5 Forordningens artikkel 9 nr. 2 bokstav i): behandling av sensitive personopplysninger som er nødvendig av allmenne folkehelsehensyn.

Departementet etterspør høringsinstansenes syn på hvorvidt det bør innføres generelle bestemmelser for behandling av personopplysninger som er nødvendig av allmenne folkehelsehensyn. Bestemmelsen i forordningen nevner som eksempler på allmenne folkehelsehensyn «vern mot alvorlige grenseoverskridende helsetrusler» og «for å sikre høye kvalitets- og sikkerhetsstandarder for helsetjenester og legemidler eller medisinsk utstyr».

Brækhus stiller seg positiv til innføring av en generell lovbestemmelse for behandling av sensitive personopplysninger som anses nødvendig av allmenne folkehelsehensyn.

Nødvendighetskriteriet setter igjen viktige skranker for i hvilke tilfeller behandling kan finne sted. Det må i tillegg stilles strenge krav til «*egnede og særlige tiltak for å verne den registrertes rettigheter og interesser*» som tar hensyn til opplysningenes sensitivitet. Bestemmelsen fremhever i denne sammenheng taushetsplikt som et eksempel på et slikt tiltak som bør innføres i sammenheng med et eventuelt supplerende rettslig grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger som er nødvendig av allmenne folkehelsehensyn.

Under forutsetning av at slike tiltak iverksettes, mener vi at viktige allmenne folkehelsehensyn bør gå foran hensynet til den enkeltes personvern. Brækhus legger til grunn at bestemmelsen vil ha et snevert virkeområde, men kan bli viktig i særlige tilfeller.

2.3.6 Forordningens artikkel 9 nr. 2 bokstav j: behandling som er nødvendig for arkivformål i allmennhetens interesse, for formål knyttet til vitenskapelig eller historisk forskning eller for statistiske formål

For at en aktør skal kunne behandle personopplysninger for formålene nevnt ovenfor, foreslår departementet å innføre et vilkår om å utpeke en personvernrådgiver.

I den forbindelse ønsker departementet å videreføre ordningen der Norsk senter for forskningsdata (NSD) er personvernrådgiver for en rekke forskningsinstitusjoner i forbindelse med deres forskningsvirksomhet. Det bes om høringsinstansene innspill på hvordan en slik ordning kan videreføres, herunder hvorvidt en funksjonstildeling der en institusjon har flere personvernrådgivere som dekker ulike deler av institusjonens aktivitet, kan være en hensiktsmessig løsning.

Brækhus støtter departementet i at ordningen nevnt ovenfor bør videreføres. Videre mener vi det vil være hensiktsmessig at kravet om å utpeke en personvernrådgiver for forskningsinstitusjoner bør legge opp til en viss fleksibilitet for virksomhetene med hensyn til de ulike måtene slike institusjoner er organisert på, samt det varierende omfanget av forskning som drives innenfor virksomhetene. Derfor mener vi det bør være opp til virksomheten selv å vurdere om det er nødvendig og ønskelig å utpeke en egen personvernrådgiver for institusjonens forskningsvirksomhet i tillegg til en personvernrådgiver for den øvrige virksomheten institusjonen eventuelt driver, eller om de legger opp til en ordning hvor deres interne personvernrådgiver kan rådføre seg med NSDs personvernrådgivere ved behov. Vi mener en slik ordning vil ivareta både ulike virksomheters behov for fleksibilitet og legge opp til en ordning tilpasset deres organisasjon, samtidig som personvern hensyn ivaretas på en god og effektiv måte.

2.4 Forslagets punkt. 10.3 - Forordningens krav om supplerende rettslig grunnlag i artikkel 10

Departementet har bedt om innspill på konsekvensene av at forordningen artikkel 10 krever nasjonale lovbestemmelser for behandling av opplysninger om straffedommer.

Brækhus kan ikke se at det vil være behov for supplerende rettslig grunnlag utover de bestemmelser som i dag regulerer behandling av slike opplysninger som omfattes av forordningen artikkel 10.⁹ Artikkel 10 stiller videre krav til at eventuelle supplerende rettslig grunnlag for behandling av de nevnte opplysninger skal sikre egnet vern av de registrertes rettigheter og friheter. Særlig politiregisterloven gir utførlige bestemmelser i tråd med personopplysningsloven som skal sikre den enkelte registrertes personvern i forbindelse med behandling av opplysninger som nevnt i forordningen artikkel 10. Slik vi ser det er disse bestemmelsene i tråd med kravet om å sikre et egnet vern av de registrertes rettigheter og friheter.

⁹ Se særlig Lov av 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)

2.5 Forslagets punkt. 19.3.2 – Forslag om reduksjon av antall medlemmer i Personvernemnda

Departementet har bedt om høringsinstansenes syn på om antallet medlemmer i nemnda bør reduseres til fem.

Brækhus mener det vil være uheldig å redusere antall medlemmer i Personvernemnda. Personvernemnda har en svært viktig rolle på et rettsområde som i økende grad krever oversikt og forståelse av ulike berørte bransjer, lovverk og bakenforliggende hensyn og verdier. Blant annet blir sakene som kommer opp for nemnda stadig mer komplekse. Vi anser derfor det som viktig å ivareta en bred og tung kompetanse i nemnda. En reduksjon i antall medlemmer vil i tillegg kunne få uheldige konsekvenser som et større tidspress på nemndas medlemmer og dermed mindre utførlig behandling, samt lengre behandlingstid.

2.6 Behovet for unntak fra de øvrige rettighetene (korrigering, sletting, begrensning av behandling, dataportabilitet, retten til å protestere og retten til ikke å være gjenstand for automatiserte individuelle avgjørelser)

Departementet har bedt om innspill på hvorvidt det bør fastsettes unntak fra retten til korrigering, sletting, begrensning av behandling, dataportabilitet, retten til å protestere og retten til ikke å være gjenstand for automatiserte individuelle avgjørelser.

Forordningen hjemler allerede en rekke unntak fra den registrertes rettigheter, og balanserer derfor andre motstridende hensyn som kan gjøre seg gjeldende. Særlig viktig i denne sammenheng er utøvelse av ytrings- og informasjonsfrihet, jf. artikkel 17 nr. 3 bokstav a). Brækhus mener imidlertid retten til begrensning av behandling ikke har tatt høyde for alle mulige utfall, og at det derfor kan være nødvendig med et nasjonalt unntak fra dette. Artikkel 18 nr. 2 åpner opp for å gjøre unntak for å verne en annen fysisk eller juridisk persons rettigheter eller av hensyn til viktige samfunnsinteresser. Dette er ganske generelle unntak, og det nærmere innholdet er vanskelig å utpensle.

Etter Brækhus' mening så vil flere tiltak for å ivareta allmennhetens interesser falle utenfor forordningens unntak. For eksempel vil behandling i forbindelse med vern av helse og sikkerhet på arbeidsplassen, hvor dette er av offentlig interesse, falle utenfor bestemmelsens unntak. Dette kan medføre at retten til begrensning av behandling svekker statens mulighet til å sikre et trygt arbeidsmiljø. I denne sammenheng kan det ses hen til Storbritannia, hvor lignende situasjoner har vært problematisert.¹⁰ For å ivareta et sikkert arbeidsmiljø på en effektiv måte vil det derfor være nødvendig med et unntak hvor disse interessene veies mot hverandre, og dermed hindre at en person eventuelt kan trenere et tiltak ved å påberope begrensning av behandling.

¹⁰ Se Data Protection Bill [HL] 2017-19, Schedule 2, Part 2.

2.7 Forslagets punkt. 19.3.2 – Om Datatilsynet bør kunne ilegge gebyr for overtredelse av forordningen artikkel 10 og 24 i tillegg til overtredelse av artiklene som er regnet opp i forordningen artikkel 83

Departementet har bedt om høringsinstansenes syn på om Datatilsynet bør kunne ilegge gebyr for overtredelse av forordningen artikkel 10 og 24 i tillegg til overtredelse av artiklene som er regnet opp i forordningen artikkel 83.

Det nye forslaget medfører en drastisk økning av maksimumsbeløpet på overtredelsesgebyret, og et slikt gebyr kan derfor oppfattes som svært inngripende. Samtidig er det klart at overtredelsesgebyr regnes som straff etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Fra et rettssikkerhetsperspektiv er det derfor ikke uten videre uproblematisk at Datatilsynet tillegges denne myndigheten.

Brækhus mener imidlertid at det er nødvendig at Datatilsynet har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for å sikre effektiv håndhevelse av regelverket. Privat håndhevelse er et viktig middel for å sikre et velfungerende og effektivt regelverk. Dersom sanksjonene legges til domstolene, så vil håndhevelse være avhengig av søksmål. Det vil da være flere faktorer som kan føre til at færre saker blir klagd inn, særlig kravet om rettslig interesse og prosessrisiko- og kostnader. Det vises i denne sammenheng til de erfaringer man gjorde seg da KOFA ble fratatt kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr i 2007, og den påfølgende drastiske nedgangen i saker som ble klagd inn av privatpersoner.¹¹

For å effektivisere regelverket, og dermed ivareta personvern hensyn, er det derfor nødvendig at Datatilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr for brudd på de nevnte artiklene i forordningen. Det er imidlertid en viktig forutsetning at rettssikkerhetsgarantier ivaretas, særlig ved at domstolene har adgang til å prøve alle sider av saken.

2.8 Forslagets punkt. 23.3.7 – Forslag om å innføre en foreldelsesfrist for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr

Departementet har bedt om innspill på hvorvidt det bør innføres en foreldelsesfrist for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr og hvor lang denne i så tilfelle bør være.

Spørsmålet om det bør innføres en foreldelsesfrist for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr etter personopplysningsloven er ikke tidligere vurdert med hensyn til någjeldende personopplysningslov. Det har imidlertid tidligere vært vurdert om det skal innføres en generell foreldelsesfrist for administrative sanksjoner i forvaltningsloven. Departementet uttaler i forarbeidene at det ikke bør innføres en slik generell regel, men at hvorvidt det skal gjelde en foreldelsesfrist for illeggelse av administrative sanksjoner bør vurderes for den enkelte særlov.¹² Vi anser det derfor riktig at spørsmålet tas opp til vurdering.

¹¹ Se Prop.51 L (2015-2016) s. 59.

¹² Se Prop.62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) s. 172.

På generelt grunnlag er det en rekke hensyn som taler for foreldelsesfrist for ileggelse av administrative sanksjoner; særlig fremtredende er hensynet til rettssikkerhet og hensynet til de berørte aktørenes forutsigbarhet, avklaring og innrettelse, men også hensynet til forvaltningens effektivitet og ressursbruk gjør seg til en viss grad gjeldende.¹³

Hvor lang foreldelsesfristen bør være avhenger blant annet av hvor lett eller vanskelig det er for Datatilsynet å få kunnskap om enkelttilfeller hvor det kan være grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Til sammenligning er det for konkurranselovgivningens regler om foreldelsesfrist vurdert at det for slike saker kan være vanskelig for Konkurransetilsynet å oppdage og behandle brudd på konkurransereglene. Fristen er dermed satt til 10 år for konkurransebegrensende avtaler og utnyttelse av dominerende stilling i markedet og 5 år for andre tilfeller.

Enkelte overtredelser kan nok være lette å oppdage, for eksempel tilfeller hvor personopplysninger er feilaktig eller ulovlig publisert. Andre overtredelser kan på den annen side være vanskeligere å oppdage og de kan ha pågått over noe tid (i likhet med konkurransesaker). Det kan for eksempel tenkes i situasjoner hvor behandlingsansvarlig selv mener å ha et gyldig behandlingsgrunnlag (enten om det er i god eller ond tro), men hvor Datatilsynet etter en vurdering kommer til det motsatte. I slike tilfeller kan det være uheldig dersom overtrederen ikke kan ilegges gebyr fordi forholdet er foreldet. Allikevel vil dette argumentet svekkes med tiden. Overtrederen vil kunne ha innført nye og bedre rutiner, uten at det overtredende forholdet innebærer en vedvarende skade. En foreldelsesfrist på 5 år er derfor etter vår mening en passende lengde.

Hvorvidt overtredelser er lette eller vanskelige å oppdage, og hvor lang tid det tar i praksis fra en overtredelse begås frem til den oppdages og eventuelt gjøres tiltak mot, står derimot Datatilsynet selv i en bedre stilling til å besvare.

Alvorlighetsgraden av overtredelsen bør også være et moment i vurderingen, da alvorlige overtredelser er særlig viktig å markere alvorret ved og bør derfor ikke forhindres av en foreldelsesfrist. Det bør derfor vurderes om det skal skilles mellom mindre og mer alvorlige overtredelser, etter modell av konkurranselovgivningen med henholdsvis 5 og 10 års foreldelsesfrist.

2.9 Forslagets punkt. 24.3 – Forslag om å gi Datatilsynet adgang til administrativ inndragning

Departementet har vurdert om Datatilsynet skal gis adgang til administrativ inndragning av gjenstander som har vært brukt ved overtredelsen, er produsert ved overtredelsen eller har vært gjenstand for overtredelsen.

Departementet anser at det er mindre grunner til å åpne opp for administrativ inndragning av utbytte vunnet ved overtredelse av personopplysningsloven.

¹³ Se også Prop.103 L (2012-2013) Endringer i akvakulturloven s. 109.

Brækhus er enig med departementet i at det vil kunne oppstå vansker med å kategorisere og kvantifisere hvilken økonomisk fordel en virksomhet har hatt ved overtredelse av personvernlovgivningen. Dette gjelder særlig for de tilfeller der en virksomhet har samlet inn eller for øvrig behandlet personopplysninger i større grad enn det vedkommende hadde rettslig grunnlag for. Det høye bøtenivået som følger av forordningens sanksjoneringsregime vil i stor grad kunne ta høyde for eventuell kausal og synbar økonomisk vinning.

Hva gjelder inndragning av gjenstander benyttet ved overtredelse av personopplysningsloven stiller seg Brækhus positiv til slik adgang til inndragning. Brækhus er enig med departementet i at en slik adgang bør bygge på straffelovens¹⁴ bestemmelser om inndragning.

2.10 Forslagets punkt. 25.3 – Forslag om bortfall av straffesanksjonering for overtredelse av personopplysningsloven

Departementet har bedt om innspill på hvorvidt brudd på personopplysningsloven fortsatt skal medføre straff.

Brækhus er enig med departementet i at det endrede sanksjoneringsregimet som vil følge av den nye forordningen, herunder Datatilsynets adgang til å ilegge bøter i en langt større skala enn i dag, samt en eventuell adgang til administrativ inndragning, vil i tilstrekkelig grad bidra til en avskrekkende effekt på aktørene. Forordningen artikkel 84 fremhever at sanksjonene som eventuelt innføres skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. Vi legger derfor til grunn at straffesanksjonering kan bli overflødig ved siden av andre sanksjoneringstiltak og foreslår bortfall av straffebestemmelsen i likhet med det svenske gjennomføringsforslaget.¹⁵

I tillegg har fokuset på personvern tatt en helt ny retning i forhold til den tiden da dagens personopplysningslov ble vedtatt. Både offentlig og private aktørers og publikums kunnskap om personvern har økt, hvilket har bidratt til at publikums krav om gode personvernrutiner og aktørenes konkurranse om å være best på personvern har blitt et sentralt insentiv for å overholde personvernlovgivningen, særlig i privat sektor. Personvern har blitt et konkurransefortrinn og skyver insentivet om å unngå straff lenger bak i rekka.

Videre ber departementet om høringsinstansenes innspill på hvilke overtredelser som eventuelt bør medføre straff og om en slik bestemmelse kan gjøres mer generell og plasseres i straffeloven.

Dersom departementet allikevel skulle velge å videreføre straff som sanksjonering for brudd på personvernlovgivningen, mener vi straff kun bør ilegges ved de aller groveste overtredelsene slik som forsettlig eller grov uaktsom behandling av sensitive personopplysninger.

¹⁴ Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28.

¹⁵ SOU 2017:39 pkt. 18.6.4 side 294-297.

2.11 Forslagets punkt. 30.3.2 – Vilkår for behandling av biometriske identifikasjonsmidler

Departementet har bedt om innspill på om vilkårene for behandling av andre entydige identifikasjonsnumre bør fastsettes i nasjonale særregler eller om forordningens alminnelige regler for behandling av sensitive opplysninger alene bør gjelde.

Brækhus støtter departementets forslag om å videreføre kravet til nødvendighet ved bruk av biometriske identifikasjonsmidler, slik det fremgår av personopplysningsloven § 12 første ledd. Selv om utgangspunktet etter forordningens artikkel 9 nr. 1 er at bruk av biometriske opplysninger i identifikasjonsøyemed er forbudt, så kan det gjøres unntak fra dette ved uttrykkelig samtykke, jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav a. Samtykkekravet utgjør en viktig skranke. Etter vårt syn er det imidlertid også behov for ytterligere skranker for å ivareta den personlige integritet, da særlig ved å stille krav om nødvendighet. Biometriske opplysninger, som for eksempel fingeravtrykk, er svært sensitiv informasjon. Dette er lagt til grunn av Personvernemnda i dens praksis, hvor nemnda påpeker at bruk av fingeravtrykk kan oppleves som et inngrep i egen integritet.¹⁶ Dette skyldes både det faktum at politiet bruker fingeravtrykk i forbindelse med oppklaring av alvorlig straffesaker, samt den generelle risikoen for at opplysningene kommer på avveie.

Ved å stille krav om nødvendighet vil aktører i markedet i større grad etterstrebe å bruke andre og mindre sikre identifikasjonsmidler. Nødvendighetskravet, sett i lys av de øvrige kravene som følger av forordningen, vil dermed bidra til ytterligere å ivareta personvern hensyn.

2.12 Forslagets punkt. 31.3 – Behovet for unntak fra den registrertes rettigheter ved behandling for arkivformål i allmennhetens interesse, for formål knyttet til vitenskapelig eller historisk forskning eller for statistiske formål

Departementet har bedt høringsinstansenes syn på behovet for en unntaksbestemmelse som bygger på forordningen artikkel 89 nr. 2 og 3, og om slike bestemmelser i så fall bør utformes mer kasuistisk.

Brækhus støtter departementets forslag om å innføre unntaksregler i samsvar med forordningen artikkel 89 nr. 2 og 3. Vilåret om at det bare kan gjøres unntak fra disse rettighetene i den grad overholdelse av rettighetene vil gjøre det umulig eller i alvorlig grad vil hindre oppfyllelsen av de spesifikke formålene, vil sette en viktig grense for i hvilke tilfeller man kan gjøre unntak fra den registrertes rettigheter.

Når det gjelder retten til innsyn, kan man etter dagens regel i § 18 tredje ledd ikke kreve innsyn dersom den aktuelle behandlingen ikke får direkte betydning for den registrerte. Den foreslåtte bestemmelsen nevnt over vil altså innskrenke muligheten for behandlingsansvarlige til å gjøre unntak fra retten til innsyn. Brækhus er derfor positive til departementets forslag om å videreføre § 18 tredje ledd i ny § 14 tredje ledd. Behandlingsansvarlig vil i tilfelle fremdeles kunne nekte innsyn dersom behandlingen ikke har direkte betydning for den registrerte. Et slikt unntak er ønskelig av hensyn til det merarbeid og de ressurser det krever av de aktuelle aktørene.

¹⁶ Se PVN-2006-08 og PVN-2006-09.

Videre mener vi at en slik bestemmelse bør ha en generell utforming, lik forordningen. Slik vi ser det vil dette på best mulig måte ivareta de ulike tilfelle som kan oppstå, særlig med tanke på bransjens dynamiske karakter hvor uforutsette situasjoner kan kunne oppstå som følge av blant annet ny teknologi.

2.13 Forslagets punkt. 32.3.2 – Forslag til bestemmelse om aldersgrense for barns samtykke ved bruk av informasjonssamfunnstjenester

Departementet har foreslått en lovbestemmelse hvor aldersgrensen settes til 13 år og har bedt om høringsinstansenes syn på dette.

Brækhus stiller seg bak forslaget om å sette aldersgrensen for barns samtykkekompetanse til 13 år. I likhet med departementet legger vi til grunn at spørsmålet ikke gjelder samtykke til behandling av sensitive opplysninger etter forordningens artikkel 9 nr. 2 bokstav a), men kun andre personopplysninger etter forordningens artikkel 6 nr.1 bokstav a).

Departementet har i sitt forslag lagt stor vekt på barnets selvbestemmelsesrett. Vi er enig i den vurderingen, særlig med tanke på at barn i 13-års alderen har en helt annen forståelse for teknologi og teknologiske begreper i dag enn for noen år siden, samtidig som utviklingen fortsetter å gå i denne retningen. Spørsmålet er om de også forstår konsekvensene av bruken, i dette tilfelle den konsekvens at deres personopplysninger blir samlet inn og benyttet til ulike formål, herunder om de er i stand til å ta stilling til om det er noe de aksepterer eller ikke. Departementet nevner at man ved å fastsette en aldersgrense på 13 år forutsetter at 13-åring forstår fullt ut hva det innebærer å oppgi egne personopplysninger.

Det kan antas at ikke alle 13-åring har fullt ut forståelse for det. På den annen side kan det også for voksne være vanskelig å forstå konsekvensene av å ta i bruk informasjonssamfunnstjenester. Vi mener imidlertid at det ikke kan være avgjørende for det foreliggende spørsmålet, men at det i samtykkekompetansen også påhviler den enkelte et ansvar for å skaffe seg informasjon og forståelse for hva man samtykker til.

Samtidig blir det desto viktigere å sørge for at den enkelte ved bruk av informasjonssamfunnstjenester får tilstrekkelig klar, forståelig og lett tilgjengelig informasjon om behandlingen av personopplysninger. Dette er først og fremst et lovpålagt ansvar for den enkelte behandlingsansvarlige, men er også en del av foreldreansvaret og et politisk ansvar. I den nye personvernforordningen har regelverket blitt tydeligere på hvilke plikter som påhviler behandlingsansvarlige med hensyn til informasjon og innhenting av samtykke, som et viktig tiltak for å styrke personvernet til den enkelte. I tillegg vil det bli et krav til at informasjon om behandlingen skal være særlig, klar, lett tilgjengelig forståelig osv., dersom mottakeren er et barn, se forordningen artikkel 12 nr. 1.

Næringslivet synes også å gå i retning av tydeligere, mer forståelig og mer oversiktlig informasjon med hensyn til behandling av personopplysninger. Det er som nevnt tidligere en økt bevissthet for både behandlingsansvarlige og publikum rundt personvern, hvilket har ført til at stadig flere bedrifter ser på et godt personvern som et konkurransefortrinn. Trolig har dette en positiv effekt

på utformingen av samtykke- og personvernerklæringer som antakelig vil bli tydeligere og mer oversiktlige. Det vil resultere i at både barn fra 13-års alderen og voksne lettere kan forstå hva det innebærer å oppgi egne personopplysninger. Disse utviklingstrekkene mener vi kan forsvare en aldersgrense på 13 år for barns samtykkekompetanse.

En bieffekt av en slik fastsatt aldersgrense er, som departementet nevner, at det ikke legges til rette for en glidende overgang fra foreldres samtykke til full selvbestemmelsesrett. Brækhus er enig i at dette kan være en utfordring. På den annen side kan det tenkes at en fastsatt aldersgrense kan skape en bevisstgjøring hos barnet og en større ansvarsfølelse enn dersom man har en mer glidende og uklar overgang fra foreldres samtykke til full selvbestemmelsesrett for barnet.

Avslutningsvis ønsker vi å poengtere viktigheten av å skape en bevisstgjøring rundt personvern for barn i den omtalte aldersgruppen. Ansvar for slik bevisstgjøring, må etter vårt syn hvile på barnets foreldre som en del av det alminnelige foreldreansvaret og andre offentlige instanser, herunder skolen, og ikke ved en restriktiv lovgivning.

Med vennlig hilsen
for **Brækhus Advokatfirma DA**



Brede A. Haglund
advokat - Partner
haglund@braekhus.no
Tlf. +47 920 20 536